

COUR CIVILE

Jugement incident dans la cause divisant **G._____ SA**, à Frauenfeld,
d'avec **T._____ SA**, à Lausanne.

Du 27 janvier 2010

Présidence de M. COLOMBINI, juge instructeur
Greffier : M. Segura

Statuant à huis clos, le juge instructeur considère :

En fait et en droit :

Vu le procès ouvert par l'intimée, demanderesse au fond,
G._____ SA contre la requérante, défenderesse au fond, T._____ SA
par demande du 25 juin 2009 par laquelle elle a pris les conclusions
suivantes :

"Préalablement :

1. Invalider les expertises des 4 février, 10 mars et 25 mai 2009.
2. Ecarter du dossier les expertises des 4 février, 10 mars et 25 mai 2009.
3. Nommer un expert conformément aux règles de procédure civile vaudoise.

Principalement :

4. Condamner T. _____ SA à payer à G. _____ SA la somme de Fr. 1'182'960.60 plus intérêt à 5% l'an dès le dépôt de la présente.
5. Avec suite de frais et dépens."

vu le délai imparti à la requérante pour procéder sur la demande, prolongé au 23 octobre 2009,

vu la requête de déclinatoire et litispendance déposée par la requérante le 20 octobre 2009 et par laquelle elle a pris, avec suite de frais et dépens, les conclusions suivantes :

"A Principalement

- I.- Admettre la Requête incidente de déclinatoire;
- II.- éconduire d'instance G. _____ SA sans report de cause.

B Subsidiairement

- III.- Admettre la Requête incidente d'exception de litispendance (exception d'arbitrage);
- IV.- suspendre la cause CO09.022498/JCL/cwl jusqu'à établissement de la compétence de l'expert-arbitre [...];
- V.- invalider l'instance CO09.022498/JCL/cwl dès que la compétence mentionnée au chiffre IV ci-dessus aura été établie.

C A titre plus subsidiaire

- VI.- Impartir à T. _____ SA un nouveau délai pour procéder sur la Demande du 25 juin 2009."

vu l'avis du juge instructeur du 21 octobre 2009 notifiant la requête à l'intimée, lui impartissant un délai au 12 novembre 2009 pour faire la déclaration prévue par l'art. 148 CPC (Code de procédure civile du 14 décembre 1966 - RSV 270.11) et valant interpellation au sens de l'art. 149 al. 4 CPC pour toutes les parties,

vu la requête incidente en suspension de cause déposée par l'intimée le 28 octobre 2009 par laquelle elle a pris les conclusions suivantes :

- "1. Ordonner la suspension de la présente procédure jusqu'à droit connu sur la procédure de recours en nullité pendante devant la Chambre des recours de votre Tribunal, portant n° de référence [...] ;
2. Fixer à la demanderesse et intimée sur incidents un délai pour se déterminer sur les incidents, courant à compter de la date à partir de laquelle la décision sur recours en nullité aura été notifiée aux parties ;
3. Statuer sur frais et dépens."

vu l'avis du juge instructeur du 29 octobre 2009 précisant notamment qu'il sera statué en premier lieu sur la suspension de cause,

vu la lettre de la requérante, intimée à l'incident en suspension de cause, du 1^{er} décembre 2009 indiquant que la Chambre des recours a déclaré irrecevable le recours en nullité déposé par l'intimée, requérante à l'incident en suspension de cause, dans la cause [...],

vu l'avis du juge instructeur du 3 décembre 2009 indiquant que la requête en suspension de cause paraît être sans objet, ce qu'il envisage de constater sans allocation de dépens, sauf objection motivée des parties d'ici au 10 décembre 2009,

vu la lettre de la requérante, intimée à l'incident en suspension de cause, du 8 décembre 2009 informant le juge instructeur qu'elle n'a pas d'objection à formuler sur l'avis du 3 décembre 2009,

vu la lettre de l'intimée, requérante à l'incident en suspension de cause, adressée le 7 janvier 2010, dans le délai prolongé à cet effet, confirmant qu'elle se rallie à la proposition de classement,

vu les déterminations de l'intimée du 7 janvier 2010 sur la requête incidente en déclinatoire et exception de litispendance par lesquelles elle a pris les conclusions suivantes, par voie incidente :

- "1. Rejeter la requête incidente de déclinatoire;
2. Rejeter l'exception de litispendance soulevée par la défenderesse;
3. Rejeter l'exception d'arbitrage soulevée par la défenderesse;
4. Fixer un délai à la défenderesse pour déposer sa réponse au fond;
5. Condamner la défenderesse aux frais et dépens de l'incident."

vu l'avis du juge instructeur du 8 janvier 2010 impartissant un délai à la requérante au 22 janvier 2010 et à l'intimée au 8 février 2010 pour produire un mémoire incident et indiquant qu'à l'échéance de ce délai il statuera sans plus ample instruction en application de l'art. 149 al. 4 CPC,

vu les mémoires incidents déposés le 19 janvier 2010 par la requérante et le 26 janvier 2010 par l'intimée,

vu les pièces du dossier;

attendu que l'art. 56 CPC prévoit que le déclinatoire a lieu lorsque la cause est portée devant un juge incompetent pour en connaître d'après les règles qui déterminent le for et les attributions des autorités judiciaires,

que le juge examine d'office sa compétence (art. 57 al. 1 CPC), mais qu'en cas de violation des règles dispositives de compétence, il renonce cependant à prononcer le déclinatoire si le défendeur procède au fond sans faire de réserve ou si les parties ont valablement convenu d'une élection de for (art. 57 al. 2 CPC),

que le déclinatoire sanctionne non seulement l'incompétence territoriale, mais également matérielle, qui peut résulter du droit fédéral

(Poudret/Haldy/Tappy, Procédure civile vaudoise, 3^{ème} éd., n. 1 ad art. 56 CPC et n. 7 ad art. 57 CPC; Bonard, Les sanctions des règles de compétence, thèse, p. 21),

que lorsque l'incompétence du juge résulte d'une convention d'arbitrage régie par le Concordat sur l'arbitrage du 27 août 1969 (C-Arb - RSV 278.91), le déclinatoire d'office s'impose en vertu de l'art. 57 al. 1 CPC, à moins que le défendeur n'ait procédé au fond sans contester la voie judiciaire (exception d'arbitrage), auquel cas il est censé avoir renoncé à l'arbitrage (Poudret/Haldy/Tappy, op. cit., n. 4 ad art. 57 CPC),

que l'art. 58 CPC prévoit que le déclinatoire doit être opposé avant toute défense au fond et préalablement à toute exception de procédure (al. 1) et que le défendeur doit le soulever dans le délai de réponse (al. 2),

que selon l'art. 61 al. 1 CPC, si le déclinatoire est prononcé parce que la cause ne relève pas d'une autorité judiciaire du canton ou en raison d'une violation de la loi fédérale sur les fors, le demandeur est éconduit d'instance, l'art. 34 al. 2 LFors étant réservé,

que c'est en particulier le cas lorsque la cause relève d'une juridiction arbitrale (Poudret/Haldy/Tappy, op. cit. n. 2 ad art. 61 CPC et la réf. citée),

que la requérante a soulevé le déclinatoire dans le délai de réponse fixé et prolongé, avant toute défense au fond,

que la requête est en conséquence déposée en temps utile,

qu'elle respecte les conditions fixées par les art. 19 et 147 CPC,

qu'elle est donc recevable en la forme;

attendu que les conclusions prises par l'intimée, demanderesse au fond, se fondent sur un contrat d'entreprise générale conclu entre les parties le 20 décembre 2005,

que ce contrat prévoit à son art. 22 intitulé "Litiges et for juridique" que :

"Tous différends découlant du présent contrat seront tranchés exclusivement par la voie de l'arbitrage.

Préalablement à la procédure arbitrale, le différend devra avoir impérativement fait l'objet d'une tentative de conciliation. Le conciliateur et son suppléant seront nommés d'entente entre parties et à défaut d'entente par le séminaire du droit de la construction à Fribourg.

Si aucune conciliation n'intervient dans le délai de trente jours dès le moment où le conciliateur aura été saisi, la partie la plus diligente pourra introduire la procédure arbitrale.

Le siège du Tribunal arbitral est à Lausanne.

La partie demanderesse notifiera sa demande d'arbitrage par écrit sous pli recommandé à la partie défenderesse, en désignant simultanément son arbitre. La partie défenderesse répondra par écrit et sous pli recommandé dans un délai de 30 jours, dès réception de la demande, en désignant à son tour son arbitre. Les deux arbitres ainsi désignés éliront dans un délai de 20 jours le troisième arbitre qui présidera le Tribunal arbitral. Tout arbitre non désigné dans les délais indiqués ci-dessus sera nommé par l'autorité compétente du siège de l'arbitrage, à la requête de la partie la plus diligente ou à celle des arbitres désignés.

La procédure sera déterminée par les parties ou, à défaut, par le Tribunal arbitral.

Les honoraires des arbitres seront calculés en conformité du barème fixé par le règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce et de l'industrie de Genève. Ils seront avancés par moitié par chacune des parties, leurs sorts suivant celui de la cause au fond.

Dans le but de simplifier au maximum la procédure, les parties s'engagent, dans la mesure du possible, à soumettre au Tribunal arbitral leur requête de mesures provisoires et à respecter volontairement les mesures que celui-ci proposera.

Pour le surplus, les parties se soumettent au concordat intercantonal sur l'arbitrage de 1969."

que les parties ont ultérieurement signé un "compromis d'expertise arbitrage" les 25 et 26 août 2008 qui prévoit notamment ce qui suit :

"[...]

Les parties se sont rencontrées à Lausanne le 15 juillet et sont convenues, par une procédure simple et rapide, de soumettre leurs divergences à un expert-arbitre unique.

Les parties conviennent ainsi de régler définitivement leurs différends en mettant en œuvre une expertise arbitrage au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral, ATF 129 III 535, dont une traduction française (S) 2004, p. 341ss) est annexée au présent compromis pour en faire partie intégrante.

Article 1^{er}

Principe

Le litige découlant de la validité, de l'interprétation, de la bonne ou mauvaise exécution du contrat d'entreprise générale relative à l'ouvrage "[...]", du 20 décembre 2005 et de ses avenants sera tranché définitivement par un expert-arbitre unique.

[...]

Article 5

Force obligatoire

L'expertise liera les parties dans les limites fixées par la jurisprudence, plus spécialement l'arrêt du Tribunal fédéral mentionné dans le préambule et dont la traduction est annexée.

[...]"

que les parties ont désigné l'architecte [...] en qualité d'expert-arbitre,

que le 10 mars 2009, celui-ci a établi un premier document intitulé "Rapport d'expertise-arbitrage",

qu'il a remis un "Rapport final d'expertise-arbitrage" le 25 mai 2009,

que selon l'arrêt de la Chambre des recours du 16 novembre 2009, l'expert-arbitre [...] a aussi remis le même jour un document intitulé "sentence définitive et exécutoire de l'expert-arbitre",

que l'intimée a recouru en nullité contre cette "sentence",

que, par arrêt du 16 novembre 2009 (CREC, n° 568/I), la Chambre des recours a déclaré ce recours irrecevable au motif que cette "sentence" constitue une expertise-arbitrage, qu'elle ne revêt pas la qualité de sentence arbitrale et n'acquiert ni force de chose jugée, ni caractère exécutoire,

que l'intimée soutient que la clause d'arbitrage contenue à l'art. 22 du contrat du 20 décembre 2005 est caduque, en tant qu'elle a été remplacée par un autre mode de règlement du litige soit l'expertise-arbitrage,

que l'expertise-arbitrage ou expertise arbitrale est une institution par laquelle les parties chargent, au moyen d'un contrat (qui relève du droit de fond), un tiers, qui est leur mandataire, de donner son avis sur une question de fait ou sur un élément d'un rapport de droit, auquel elles déclarent d'avance se soumettre obligatoirement (Jolidon, Commentaire du concordat suisse sur l'arbitrage, p. 35; ATF 129 III 535 c. 2, SJ 2004 I 341 et les réf. citées),

que si l'arbitre exerce une fonction juridictionnelle, l'expert-arbitre accomplit "une mission (qui) n'est jamais, à quelque degré que ce soit, d'ordre juridictionnel" (cf. Jolidon, *Réflexions sur l'expertise-arbitrage en droit suisse*, in *Mélanges Pierre Engel*, 1989, pp. 157 ss, 174),

que l'expertise-arbitrage n'acquiert ni force de chose jugée, ni caractère exécutoire (Thorens, L'expertise-arbitrage en droit suisse et en droit allemand, *in* SJ 1968, pp. 601 ss, 603),

que les parties ne sont pas liées de manière absolue par les constatations de l'expert-arbitre, mais que le juge peut les revoir lorsqu'il est établi qu'elles sont manifestement déficientes ou contraires à l'équité (Lalive/Poudret/Reymond, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, n. 1.2 ad art. 1 C-Arb),

qu'il ne faut cependant pas entendre par "juge" l'autorité de recours habituellement compétente pour statuer sur un recours contre une sentence arbitrale au sens de l'art. 3 let. f C-Arb, mais le juge "ordinaire", devant lequel la partie doit ouvrir action (ATF 67 II 146, JT 1941 I 508; ATF 129 III 535, SJ 2004 I 341, relatif à une affaire où un rapport d'expertise-arbitrage avait été attaqué devant le tribunal de première instance de Lucerne; CREC I du 16 novembre 2009, n° 568/I),

que lorsque les parties ont passé une convention d'arbitrage, ce juge sera le tribunal arbitral qu'elles ont conventionnellement investi du pouvoir de trancher à la place des juridictions étatiques normalement compétentes,

qu'il y a lieu d'examiner si le "compromis d'expertise arbitrage" des 25 et 26 août 2008 a rendu caduque la convention d'arbitrage prévue par l'art. 22 du contrat d'entreprise du 20 décembre 2005,

qu'on ne peut établir quelle était la commune et réelle intention des parties lorsqu'elles ont signé ce compromis,

que si la volonté réelle des parties ne peut être établie ou si leurs volontés intimes divergent, le juge doit interpréter les déclarations faites et les comportements selon la théorie de la confiance,

qu'il doit donc rechercher comment une déclaration ou une attitude pourrait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances,

que le principe de la confiance permet ainsi d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime (ATF 133 III 675 c. 3.3 et les réf. citées),

que l'intimée se réfère au préambule du compromis qui prévoit que les parties sont convenues de soumettre leurs divergences à un expert-arbitre par une procédure simple et rapide,

qu'elle ajoute que ce préambule mentionne que les parties conviennent ainsi de régler définitivement leurs différends,

qu'elle soutient que ce préambule implique que les parties aient décidé de remplacer la convention d'arbitrage du contrat par une expertise-arbitrage,

que le fait de convenir de la mise en œuvre d'un expert-arbitre ne rend pas caduque *ipso facto* une clause arbitrale, l'expert-arbitre n'étant investi d'aucune fonction juridictionnelle,

que le "compromis d'expertise arbitrage" des 25 et 26 août 2008 ne fait aucune référence à la convention d'arbitrage figurant à l'art. 22 du contrat d'entreprise du 20 décembre 2005,

qu'il ne prévoit en particulier pas la caducité de cet article,

qu'une telle caducité ne découle pas de la référence faite dans le compris à l'ATF 129 III 535,

que cette référence a pour but de qualifier l'accord entre les parties, en l'espèce une expertise-arbitrage,

que l'art. 5 du compromis prévoit que l'expertise liera les parties dans les limites fixées par la jurisprudence, en particulier l'ATF 129 III 535,

que l'arrêt précité ne traite pas de la question du juge compétent, en cas de contestation du rapport de l'expert-arbitre,

qu'en particulier il ne tranche pas la question de l'effet d'une convention d'expertise-arbitrage sur une convention d'arbitrage préexistante,

qu'on ne saurait donc déduire de la référence à cet arrêt, interprété selon le principe de la confiance, qu'elles ont entendu exclure la compétence arbitrale selon l'art. 22 du contrat d'entreprise du 22 décembre 2005 pour contester l'expertise-arbitrage,

que le compromis a été signé par les conseils des parties,

que l'on peut en conséquence admettre que si l'intention des parties était de supprimer la convention d'arbitrage préexistante, elles l'auraient prévu explicitement,

qu'en définitive la convention d'arbitrage n'a pas été rendue caduque par le "compromis d'expertise arbitrage" des 25 et 26 août 2008,

que la requête en déclinatoire doit être admise et l'intimée, demanderesse au fond, éconduite d'instance,

qu'il n'y a dès lors pas lieu d'examiner les conclusions subsidiaires en litispendance prises par la requérante;

attendu que les frais de la procédure incidente doivent être arrêtés à 900 fr. (art. 170a al. 1 TFJC [tarif du 4 décembre 1984 des frais judiciaires en matière civile – RSV 270.11.5]), à la charge de la requérante,

que l'intimée étant éconduite d'instance, il y a lieu de statuer sur l'émolument afférent au dépôt de la demande,

qu'aux termes de l'art. 155 TFJC, lorsque le procès prend fin avant la fixation de l'audience préliminaire, notamment en cas de déclinatoire, les émoluments de demande et de réponse peuvent être réduits de moitié au maximum compte tenu des travaux effectués par le greffe,

qu'au regard des opérations effectuées par le greffe en l'espèce, il y a lieu de réduire l'émolument de demande à 3'457 fr. 40 auxquels seront ajoutés les frais de la requête de suspension de cause déposée par l'intimée par 450 fr.,

que le jugement incident statue sur les dépens comme en matière de jugement au fond (art. 150 al. 2 CPC),

que la requérante, obtenant gain de cause, a droit à des dépens de l'incident (art. 92 al .1 CPC) qui se confondent avec les dépens au fond, la requérante n'ayant pas déposé de réponse, qu'il convient d'arrêter à 2'100 fr. soit :

- a) 1'200 fr. à titre de participation aux honoraires et débours de son conseil
- b) 900 fr. en remboursement de l'émolument de l'incident;

que la cause doit être rayée du rôle.

**Par ces motifs,
le juge instructeur,
statuant à huis clos
et par voie incidente,
prononce :**

- I.** La requête de déclinatoire déposée le 20 octobre 2009 par la requérante T._____ SA est admise.
- II.** L'intimée G._____ SA est éconduite de l'instance qu'elle a introduite par demande du 25 juin 2009.
- III.** Les frais de la procédure incidente sont arrêtés à 900 fr. (neuf cents francs) pour la requérante.
- IV.** Les frais de la procédure au fond sont arrêtés à 3'907 fr. 40 (trois mille neuf cent sept francs et quarante centimes) pour l'intimée et demanderesse au fond.
- V.** L'intimée G._____ SA doit verser à la requérante T._____ SA le montant de 2'100 fr. (deux mille cent francs) à titre de dépens de l'incident.
- VI.** La cause est rayée du rôle.

Le juge instructeur :

J.-L. Colombini

Le greffier :

S. Segura

Du

Le jugement qui précède, dont le dispositif a été expédié pour notification le 4 février 2010, lu et approuvé à huis clos, est notifié, par l'envoi de photocopies, aux conseils des parties.

Les parties peuvent recourir auprès du Tribunal cantonal dans les dix jours dès la notification du présent jugement en déposant au greffe de la Cour civile un acte de recours en deux exemplaires désignant le jugement attaqué et contenant leurs conclusions en réforme, éventuellement en nullité, ou à défaut, indiquant sur quels points le jugement est attaqué et quelle est la modification demandée.

Le greffier:

S. Segura